Selbsteintritt und Eigenhändler-Klausel

in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg.

Vorgelegt von

Friedrich Möller

aus Düsseldorf.

Köln

1936

Druck: Max Welzel, Köln-Kalk

Referent: Prof. Dr. jur., Dr. phil. Erich Jung.

Korreferent: Prof. Dr. Schulz-Schaeffer.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 24. 4. 1935.

Inhalt.

Schrifttum.

Kommentare:

Staub: Das Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. Berlin u. Leipzig 1933.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
Ritter: Das Handelsgesetzbuch. München, Berlin 1932.
Goldschmit: Handkommentar zum HGB. München 1929.
von Hahn: Kommentar zum A. D. HGB. Braunschweig 1875.
Nußbaum: Kommentar zum Börsengesetz. München 1910.
Breit: Im Kommentar zum Börsengesetz. Herausgegeben auf Veranlassung des C. V. des deutschen Bank- und Bankiergewerbes. Berlin 1909.
Staudinger: Das Bürgerliche Gesetzbuch. München, Berlin 1912.
R. G. R. Kommentar zum BGB. Berlin u. Leipzig 1934.
Soergel: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Stuttgart 1929.

Lehrbücher:

J. von Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. Berlin u. Leipzig 1933.
Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1930.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1912.

Monographien:

Schmidt-Rimpler: Das Kommissionsgeschäft in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 5 Abtl. 1, 1, 1. Leipzig 1928.
Nußbaum: Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht. Berlin 1917.
Nußbaum: Bank- und Börsenrecht. Berlin u. Leipzig 1927.
Breit: Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. 1898.
A. Endemann: Das moderne Börsenkommissionsgeschäft im Effektenverkehr. Berlin 1895.
Senckpiehl: Allgemeine Geschäftsbedingungen. Herausgegeben auf Veranlassung des Vereins deutscher Spediteure. Wiesbaden 1922.
Koch: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, ihre rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung. Jena 1932.
Munk: Mißbräuche an den Börsen. Berlin 1892.
Schreiber: Handelsbräuche. Mannheim, Berlin, Leipzig 1922.
Weidmann: Das Kommissionsgeschäft. Hannover 1909.
Berichte der Börsen-Enquete-Kommission. Berlin 1893.
Bernstein: Die Geschäftsbedingungen der Bankiers. Im Bankarchiv Nr. 4 S. 66.
Bernstein: Der Bankier als Eigenhändler während der Einstellung des amtlichen Börsenverkehrs. Im Bankarchiv Nr. 14 S. 310 ff.
Nußbaum: Die Eigenhändlerklausel in den Geschäftsbedingungen der Bankiers. Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1910 S. 161.
Breit: Das Kundeneffektengeschäft. In der Leipziger Zeitung 1907 S. 799 ff.

Dissertationen:

Mayerhofer: Rechtsnatur und Verbindlichkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen mit besonderer Berücksichtigung der Bankbedingungen. Dissertationen Rostock.
Heilbrunn: Auslegung nichtiger und unbilliger Klauseln der A. G. B. der Banken. Diss. Frankfurt 1927.
Litzmann: Der Selbsteintritt des Kommissionärs nach deutschem, österreichischem und schweizerischem Recht. Diss. Würzburg 1924.
Ruthe: Das Effektenkommissionsgeschäft. Diss. Greifswald 1918.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

§ 1.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind eine Erscheinung des modernen auf Massenverkehr abgestellten Wirtschaftsverkehrs. Wir finden sie überall dort, wo ein Unternehmen darauf abgestellt ist, eine Vielzahl gleichartiger und typisierter Geschäfte abzuschließen, mit einem unbegrenzt großen Personenkreis. So sind solche Bedingungen vor allem anzutreffen bei den großen Transport-Unternehmungen, in erster Linie bei der Reichsbahn, aber auch im gesamten sonstigen Speditions- und Frachtführer-Gewerbe und, wovon hier in erster Linie die Rede sein soll, bei den Banken. Vornehmlich also bei allen Hilfsbetrieben des Handels und der Wirtschaft. Für diese Zweige der Wirtschaft wurde die Aufstellung solcher allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem ständig zunehmenden Verkehr eine Notwendigkeit.

Der Spediteur wie der Bankier der früheren Zeit, in der der Kleinbetrieb mehr oder weniger die Regel bildete, bedurfte solcher generellen Abmachungen nicht. Der Kundenkreis war in den meisten Fällen zahlenmäßig beschränkt, die Personen, mit denen ein Bankier geschäftliche Beziehungen unterhielt, waren ihm meist persönlich bekannt. So konnten auch die Bedingungen, unter denen die Geschäfte abgeschlossen werden sollten, jeweils von Fall zu Fall mit den Kunden persönlich vereinbart werden. Je nach Art und Umfang der Geschäfte, die zu schließen waren.

Dieser Zustand mußte zwangsläufig anders werden mit dem schnellen Anwachsen der Industrie und des Verkehrs, für den Bankier aber vor allem mit dem Aufkommen und der Verbreitung der Aktie, die einen immer weiter werdenden Kreis von Menschen am Wirtschaftsleben direkt beteiligte und durch den Effektenhandel zu Kunden der Bank werden ließ. Eine persönliche Vereinbarung mit einzelnen Kunden wurde damit unmöglich; der Verkehr mußte schematisiert werden, zugleich entstand auf Seiten der Banken ein begreifliches Verlangen nach größerer Sicherheit und einer Beschränkung der in den entsprechenden Gesetzen begründeten Haftung.

Denn die Gesetze waren auf den modernen Massenverkehr nicht zugeschnitten, sie gingen von dem individuellen Kleinbetrieb aus und ihre Bestimmungen waren damit zum großen Teil veraltet und unbrauchbar geworden.

War diese geschilderte Entwicklung der Wirtschaft der Anlaß zu der Aufstellung solcher vertraglicher Sondernormen, so bedurfte es noch einer weiteren Voraussetzung, um die Geschäftsbedingungen in der Form möglich zu machen, wie wir sie heute haben. Das war die dazu nötige wirtschaftliche Machtstellung des Unternehmers über seine Kunden. Sie konnte nur erreicht werden durch gemeinsames, einheitliches und geschlossenes Vorgehen in diesen Fragen oder sogar durch Zusammenschluß oder feste Organisation vieler einzelner Unternehmungen. Man ist auch in der Tat diesen Weg gegangen, sei es, daß man wie die Spediteure einen großen Verband bildete, der die AGB. für alle ihm angehörenden Betriebe aufstellte, sei es, daß man durch Übereinkunft die jeweiligen AGB. so aneinander anglich, daß sie wenigstens in allen wesentlichen Punkten übereinstimmten. Auf solche Weise erhielt man die Möglichkeit, in diesen Bedingungen ganz einseitig das festzulegen, was den eigenen Interessen entsprach. Der Kunde war ja darauf angewiesen, sich diesen Bedingungen zu unterwerfen, denn ohne Zugrundelegung dieser AGB. wurde eben keine Bank mehr tätig.

Es wäre töricht und unhaltbar, wollte man die Berechtigung solcher AGB. überhaupt verneinen, der moderne Verkehr kann ohne sie überhaupt nicht mehr auskommen (wie sehr solche AGB. allgemein üblich sind, zeigt die von Müllereisert herausgegebene Sammlung [1]). Auf der anderen Seite darf man aber auch nicht verkennen, daß die AGB. eine große Gefahr bedeuten können, eben weil sie so gänzlich einseitig von Unternehmern aufgestellt sind, die den Kunden gegenüber in einer nicht mehr zu überbietenden Machtstellung sind. Die Gefahr ist besonders groß, da die Zweige der Wirtschaft, die solche AGB. für den Verkehr mit ihren Kunden aufgestellt haben, in den meisten Fällen eine tatsächliche Monopolstellung innehaben. Der Kunde ist also wohl oder übel auf die Annahme der Bedingungen angewiesen, wenn er nicht auf jeden Geschäftsabschluß mit solchen Unternehmen überhaupt verzichten kann, und das wird er in den wenigsten Fällen oder nie können. Von einer solchen tatsächlichen Monopolstellung kann man wohl mit Recht sowohl bei den Spediteuren wie auch bei den Banken sprechen. Das wird zwar von interessierter Seite heftig abgestritten. Für die Spediteure bestreitet es Senckpiehl [2]) und bezüglich des Bankiers Dr. A. Koch [3]).

Allein auch diese Schriftsteller können die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß zum mindesten der überwiegende Teil sowohl der Spediteure wie der Banken einheitlich organisiert ist und gemeinsam die gleichen Bedingungen für den Verkehr mit ihren Kunden aufgestellt hat, denen sich der Privatmann unterwerfen muß, ob er will oder nicht. Wenn Koch [4]) behauptet, daß auch heute noch jeder in der Lage

---

1) Müllereisert: Allgem. Lieferungsbed. im Formularrecht der Deutschen Wirtschaft.

2) Senckpiehl: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Seite 67 ff.

3) Dr. A. Koch: Die AGB. der Banken, S. 6.

4) Koch, S. 6.

sei, sich ein potentes Geldinstitut auszusuchen, welches auf die Anerkennung der AGB. keinen Wert legt, so muß er den Beweis für diese Behauptung jedoch schuldig bleiben; zum mindesten wäre das Auffinden eines solchen Geldinstituts praktisch so mühsam, daß es für den Kaufmann nicht in Frage kommt. Zudem hat das RG. in einer Entscheidung [1]), die das Spediteurgewerbe betraf, richtig festgestellt, daß eine Monopolstellung auch schon dann vorliegt, wenn z. B. von 250 Spediteuren nur 200 der Vereinigung angehören. Das gleiche muß auch von dem Bankiergewerbe gelten. Es läßt sich also nicht von der Hand weisen, daß die Banken eine tatsächliche Monopolstellung innehaben.

Nun ist es zwar unbestritten, daß eine Monopolstellung als solche nicht unsittlich ist, sondern nur die mißbräuchliche Ausnutzung derselben; auch kann die Aufstellung von AGB. bei Vorliegen einer Monopolstellung nicht schlechthin als Mißbrauch und Verstoß gegen die guten Sitten angesehen werden.

Wohl aber, und das wird niemand bestreiten können, ist die Gefahr, daß in einem solchen Fall die AGB. Bestimmungen enthalten, die einen solchen Mißbrauch darstellen, sehr groß. Ein solcher Mißbrauch liegt dann vor, wenn eine solche Bestimmung dem Publikum unverhältnismäßig große Opfer auferlegt [2]).

Aufgabe der Gesetzgebung und Rechtsprechung ist es in einem solchen Falle, ausgleichend zu wirken und dem wirtschaftlich Schwächeren den stärkeren rechtlichen Schutz zukommen zu lassen. So schreibt Staub [3]) richtig: „Der Gedanke dieser ganzen Gesetzgebung läßt sich dahin zusammenfassen, daß eine tatsächliche Monopolstellung weder unbillige Vorteile mit sich bringen darf noch dem Verkehr besonders drückende Fesseln auferlegen darf. Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es der Abwägung der beiderseitigen Interessen. Aus dieser Abwägung geht das entscheidende Allgemeininteresse hervor. Bedingungen, die mit dem Allgemeininteresse nicht in Einklang stehen, sind unsittlich und daher nichtig nach § 138 BGB.".

Ebenso sagt das RG. [4]): „Es ist unsittlich, eine tatsächliche Monopolstellung dazu auszunutzen, um sich gewisse Vorteile, die mit der Rechtsauffassung nicht vereinbar sind, zu sichern."

Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen, so notwendig sie auch sein mögen, ihre Grenze finden an dem Schutz des Allgemeininteresses und dem Willen der Rechtsordnung.

Die Verlockung Vertragsbedingungen aufzustellen, die das eigene Interesse auf Kosten des Gegenkontrahenten allzusehr berücksichtigen, ist groß bei einer solchen gegebenen Machtfülle. Darum ist eine Nachprüfung und Kritik der einzelnen Bestimmungen der AGB. der Ban-

---

[1]) RGZ. 115, 219.
[2]) Gierke, S. 588.
[3]) Staub, Anm. 5 zu § 346.
[4]) RGZ. vom 19. 2. 27, JW. 1927, S. 1588.

ken wohl berechtigt. Es ist nicht so wie Koch [1]) meint, daß das jahrzehntelange Bestehen und die erfolgreiche Anwendung der AGB. den Beweis dafür erbracht haben, daß sie keine Bestimmungen enthalten, die aus dem Rahmen des im Bankverkehr üblichen herausfallen, die eine unbillige Bindung oder gar Knebelung des Kunden bedeuten und somit gegen die guten Sitten verstoßen.

Daß die AGB. Bestimmungen enthalten, die aus dem Rahmen des im Bankverkehr üblichen herausfallen, wird niemand behaupten. Denn die AGB. sind doch gerade das im Bankverkehr übliche. Ob aber das Übliche auch berechtigt ist, soll hier geprüft werden; denn üblich heißt noch nicht berechtigt. Ebenso wenig kann Koch zugestimmt werden, wenn er weiterhin schreibt: „Im Gegenteil muß festgestellt werden, daß die handelsüblichen Bestimmungen durch die Dauer ihres Bestehens zu Handelsbräuchen geworden sind. Wo es sich aber um Handelsbräuche handelt oder Verkehrssitten, da kann von einem Mißbrauch des Rechts und einem sittenwidrigen Handeln nicht die Rede sein."

Allerdings nicht, denn Handelsbrauch kann eine Bestimmung nur werden, wenn sie rechtmäßig ist. Die Rechtmäßigkeit ist aber Voraussetzung und nicht Folge der Verkehrssitte. Es ist also keinesfalls von vorneherein bewiesen, daß die AGB. der Banken keine Bestimmungen enthalten können, die mit der Rechtsauffassung und dem Allgemeininteresse in Widerspruch stehen, vielmehr können einzelne Bestimmungen sehr wohl eine mißbräuchliche Ausnutzung einer Monopolstellung darstellen.

Eine solche Bestimmung aber ist nichtig und unsittlich. Denn gerade in jüngster Zeit stehen wir nicht mehr auf dem Standpunkt der schrankenlosen Ausnutzung des Einzelinteresses. Der Schutz der Allgemeinheit hat auch hier oberster Grundsatz zu sein.

Wenn im folgenden aus den AGB. der Banken die Bestimmungen über das Effektengeschäft mit Kunden einer Nachprüfung und Kritik unterzogen werden sollen, so besteht hierzu eine besondere Berechtigung. In keinem Zweig ihres Geschäftsbereichs ist die Machtstellung der Banken ihren Kunden gegenüber so ausgeprägt, wie beim Kundeneffektengeschäft. Der Kunde, der Effekten kaufen oder verkaufen will, ist auf die Vermittlung des Bankiers schlechthin angewiesen; denn er selbst ist entweder zur Börse gar nicht zugelassen oder vor allem auch dem schnellen und verwickelten Börsenbetrieb gar nicht gewachsen. Wenn also irgendwo die Banken in ihren Bedingungen frei schalten können, dann auf dem Gebiet des Effektenhandels; und die Gefahr, daß sie ihre Vormachtstellung in einer Weise ausgenutzt haben, die mit dem Willen einer gerechten, der Allgemeinheit und nicht den Sonderinteressen einzelner dienenden Rechtsordnung nicht vereinbar ist, ist hier also besonders groß.

---

[1]) Koch, S. 7.

§ 2.

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Bank und Disconto-Gesellschaft Berlin [1]) findet sich bezüglich des Kundeneffektenhandels folgende Bestimmung, die ihrem Inhalt nach bei allen modernen Großbanken die gleiche ist: „Kommissionsaufträge zum Kauf oder Verkauf von Wechseln, Schecks, Auszahlungen fremder Geldsorten und solcher Wertpapiere, für die amtliche Preise festgestellt werden, führt die Bank durch Selbsteintritt aus.

Bei Aufträgen zum Kauf oder Verkauf amtlich nicht notierter oder zum Börsenhandel nicht zugelassener Wertpapiere tritt die Bank als Eigenhändler auf, sie behält sich vor, auch Aufträge zum kommissionsweisen An- oder Verkauf solcher Werte als Eigenhändler zu erledigen“.

Will man diese Bestimmungen auf ihre Zulässigkeit und Vereinbarkeit mit dem Willen und dem Wortlaut des Gesetzes untersuchen, so ist es unerläßlich, das Kundeneffektengeschäft selbst in seiner rechtlichen Natur und Handhabung zuvor zu betrachten. Das Kundeneffektengeschäft bildet keinen eigenen juristischen Begriff, obwohl Breit [2]) zu dieser Ansicht hinneigt. Es ist vielmehr unbedingt davon auszugehen, daß das Effektengeschäft der Banken Kommissionsgeschäft ist [3]), obwohl, wie wir sehen werden, nicht unerhebliche Abweichungen von dem gewöhnlichen und ursprünglichen Kommissionsgeschäft sich bei dem Börsenkommissionsgeschäft herausgebildet haben. Das Börsenkommissionsgeschäft ist nur eine spezielle Art der Kommissionsgeschäfte, wie sie das HGB. in seinen §§ 383 ff. geregelt hat. Diese Bestimmungen müssen also auch auf das Börsenkommissionsgeschäft Anwendung finden, nicht weniger als für die Warenkommission. Daß dies auch dem Willen der Verfasser des HGB. entspricht, geht aus der Denkschrift [4]) zum HGB. hervor, und entspricht auch der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung, was Breit [5]) auch selbst zugeben muß. Der Bankier, der für seinen Kunden Effekten kauft oder verkauft, ist Kommissionär im Sinne des § 383 HGB. und hat alle Rechte und Pflichten, die ihm als solchem vom Gesetz auferlegt werden. Das hat Ausgangspunkt zu sein einer Würdigung der praktischen Handhabung des Effektengeschäfts, wie sie in den obigen Klauseln der AGB. ihren Niederschlag gefunden hat. Nach § 383 HGB. ist Kommissionär, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen. § 384 HGB. legt dem Kommissionär die Pflicht auf, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes auszuführen, das Interesse des Kommittenten zu wahren

---

[1]) Abgedruckt bei Müllereisert: Allgemeine Lieferungsbedingungen.
[2]) Breit: LZ. 1907, S. 799.
[3]) Nußbaum: Tatſ. u. Begriff., S. 72.
[4]) Denkschrift, S. 248.
[5]) Breit, S. 799.

und seine Weisungen zu befolgen. Nach vollendeter Ausführung des Geschäftes verpflichtet das Gesetz den Kommissionär, das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte dem Kommittenten herauszugeben.

Zusammenfassend läßt sich das Wesen des Kommissionsgeschäftes folgendermaßen hervorheben.

In rechtlicher Hinsicht ist das Eigentümliche des Kommissionsgeschäftes das Handeln des Kommissionärs im eigenen Namen für fremde Rechnung. Nach Ruthe[1]) nimmt der Kommissionär eine Mittelstellung ein zwischen dem direkten Stellvertreter im Sinne des § 164 BGB., der seinen Willen als Stellvertreter eines Dritten handeln zu wollen, zu erkennen gibt und bei dem es sich überhaupt nicht um ein Geschäft des Vertreters, sondern des Vertretenen handelt, und dem Geschäftsbesorger nach § 675 BGB., bei dem den Geschäftsherren keinerlei Wirkungen des Geschäftes unmittelbar treffen. Der Kommissionär handelt im eigenen Namen wie der letztere, aber die rechtlichen Wirkungen des Geschäftes treffen im weiten Maße den Geschäftsherrn, nämlich seinen Kommittenten direkt. Umstritten ist in der Literatur der Begriff der „fremden Rechnung". Breit[2]) steht auf dem Standpunkt, daß das Handeln für fremde Rechnung nicht ein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher Begriff sei; er bedeute nur, daß die Vor- und Nachteile eines Geschäfts von einem anderen als dem Handelnden zu tragen seien. Demgegenüber behauptet Nußbaum[3]), daß der Begriff „fremde Rechnung" wohl ein juristischer Begriff sei. Er sieht den Sinn des Handelns für fremde Rechnung darin, daß der Kommissionär für die Zwecke des übernommenen Geschäfts seine kaufmännische Kraft für den anderen arbeiten läßt und seinen Vorteil nicht in dem unmittelbaren Ertrage des Geschäftes, sondern in einer anderweitigen Vergütung, regelmäßig in einer Provision, sucht und findet.

Praktisch ergibt sich jedoch zwischen beiden Auffassungen kein großer Unterschied.

Die wirtschaftliche Besonderheit des Kommissionsgeschäfts liegt in der Art des Verhältnisses zwischen Kommissionär und Kommittent. Diese stehen sich nicht als Vertragsgegner gegenüber, vielmehr ist der Kommissionär der Sachwalter und Treuhänder seines Kommittenten, zwischen beiden besteht eine Art Vertrauensverhältnis, innerhalb dessen der Kommissionär gehalten ist, bei der Ausführung nicht seine eigenen Interessen, sondern die des Kommittenten wahrzunehmen. Jeden Vorteil des Geschäftes hat er dem Kommittenten zugute kommen zu lassen; dieser bleibt der eigentliche Herr des Geschäftes, während der Kommissionär nur Ausführender ist. Er ist den Anweisungen des Kommittenten unterworfen und ihm Rechenschaft über das Geschäft schuldig.

Der Kommissionär ist also nach dem Gesetz untergeordnet unter den Kommittenten, der die durchaus herrschende Stellung in diesem Rechtsverhältnis innehat.

---

[1]) Ruthe, S. 16.
[2]) Breit: EB.Komm. z. Börsenges., S. 323.
[3]) Nußbaum: Tats. u. Begriff., S. 47.

Ein Blick auf die Bestimmungen der AGB. der Banken, die das Kundeneffektengeschäft betreffen, zeigt, daß die Verhältnisse de facto wesentlich andere geworden sind, ja, daß sie sich nahezu umgekehrt haben. Von Pflichten des Kommissionärs zur Rechenschaftslegung, zur Interessewahrung zu Gunsten des Kommittenten ist keine Rede mehr. Einzig und allein die Rechte des Kommissionärs werden hervorgehoben und die Bedingungen stellt einseitig der letztere.

Worin hat dieser Gegensatz zwischen den Bestimmungen und der Absicht des Gesetzes und der tatsächlichen Übung auf der anderen Seite seinen Grund. Um dieses Mißverhältnis zu klären, ist ein kurzer Blick auf die Geschichte des Kommissionsgeschäftes und seiner gesetzlichen Regelung unerläßlich.

Der Kommissionshandel in seiner ursprünglichen Form war Warenkommissionshandel, er trat auf als Export- und Import-Kommission. Die deutschen und europäischen Handelshäuser und Fabrikanten bedienten sich der Kommissionäre, um ihre Waren in fernen Ländern, in Übersee oder Rußland, kurz, in den damals sehr schwer zugänglichen Ländern abzusetzen. Eine solche Exportkommission führte die Bezeichnung „Konsignation". Die Waren wurden dem Kommissionär nach Übersee übersandt, der dort für Abnehmer sorgte und sie für Rechnung des Kommittenten verkaufte. Daneben bestand umgekehrt die Einkaufskommission, die den Ankauf von den im Inland benötigten Rohstoffen zum Gegenstand hatte[1]). Man spricht bei der damaligen Kommission denn auch vielfach von der Fernkommission. Die Kommissionäre der damaligen Zeit waren mehr oder weniger abhängig von ihren Kommittenten; da diese selbst branchekundige Kaufleute waren, konnten sie ihren Kommissionären Anweisungen erteilen, sie waren in der Lage, sie zu kontrollieren, ja, der Kommissionär mußte dem Kommittenten meist sogar einen Vorschuß auf die gelieferte Ware zahlen. Der Kommittent war also der wirtschaftlich überlegene Teil in diesem Verhältnis.

Von dieser Art des Kommissionshandels ging man aus, als man die gesetzlichen Bestimmungen über das Kommissionsgeschäft zum ersten Male in dem A.D.HGB. niederlegte. Das neue HGB. hat die Bestimmungen über das Kommissionsgeschäft, abgesehen von der später zu erörternden Regelung des Selbsteintrittsrechts ziemlich unverändert aus dem A.D.HGB. übernommen. Auf den eben geschilderten Warenkommissionshandel trifft die vom Gesetz in den §§ 383 ff. vorausgesetzte Stellung des Kommissionärs und des Kommittenten durchaus zu.

Inzwischen hatte aber die Entwicklung der Wirtschaft, des Handels und des Verkehrs einen ganz anderen Weg genommen. Durch die zunehmende Entwicklung des Verkehrs entfiel vielfach die Notwendigkeit, sich der Kommissionäre zum Absatz der Waren in anderen Ländern zu bedienen. Der Fabrikant trat selbst als Verkäufer auf und schloß in vielen Fällen gleich mit dem ausländischen Abnehmer persönlich ab. Die großen Unternehmungen begannen eigene Verkaufs-

[1]) Einzelne Beispiele dafür siehe bei Nußbaum.

organisationen aufzubauen. Daneben zeigten die Kommissionäre das Bestreben, sich mehr und mehr dem Eigenhandel zuzuwenden, um sich damit das ganze Verdienst des Geschäftes zu sichern und von der lästigen Verpflichtung der Rechenschaftslegung und der Abhängigkeit von dem Kommittenten loszukommen.

So war die Bedeutung des Warenkommissionshandels im zunehmenden Maße im Schwinden begriffen und dieser allmählich zur Bedeutungslosigkeit verurteilt. Gleichzeitig mit dem Schwinden des Warenkommissionshandels gewann ein anderer Zweig der Kommission in immer stärkerem Maße an Bedeutung — der Handel mit Effekten.

Mit der fortschreitenden technischen Entwicklung und dem ständig wachsenden Kapitalbedarf erfaßte der Handel mit Effekten immer weitere Kreise. Die Eigenarten des Börsenbetriebes machten es erforderlich, daß die Privatleute, die sich am Effektenhandel beteiligten, sich dabei der Bankiers als Mittelspersonen bedienen mußten. Die Käufer oder Verkäufer selbst besaßen in den weitaus meisten Fällen nicht die erforderliche Kenntnis der Verhältnisse, noch den nötigen Kredit, um selbst an der Börse tätig zu werden; ganz abgesehen davon, daß die Mehrzahl der Börsen nur Kaufleuten offenstand. So wurde der Bankier der Vertrauensmann der Kunden, die sich am Effektenmarkt beteiligen wollten.

Was lag unter solchen Umständen näher, als daß der Effektenhandel im Kommissionsgeschäft die für ihn geeignete Rechtsform fand. Denn die gesetzlichen Bestimmungen des Kommissionsgeschäfts versprachen dem Kommittenten den erforderlichen Schutz gegen Übervorteilung und Betrug, dessen er im Effektenhandel besonders dringend bedurfte. Jedoch waren die wirtschaftlichen Kräfteverhältnisse bei dieser Art des Kommissionshandels gänzlich anders gelagert als bei der oben geschilderten Warenkommission. Die gesetzlichen Bestimmungen waren aber noch auf jene zugeschnitten und hatten den veränderten Umständen noch keine Rechnung getragen. Der Bankier allein konnte das Geschäft nach eigenem Gutdünken ausführen, der Kommittent war ihm ausgeliefert und ihm konnte folglich nur das wirtschaftliche Ergebnis des Geschäfts interessieren. Im übrigen war er gezwungen, dem Bankier völlig freie Hand zu lassen. So war der Bankier im Börsenkommissionsgeschäft zu dem eigentlichen Herrn des Geschäfts geworden, die tatsächliche Entwicklung war also den umgekehrten Weg gegangen, wie er vom Gesetzgeber vorausgesehen war. Was liegt infolgedessen näher, als daß ein so erstarkter Kommissionär, wie es der Bankier im Kundeneffektengeschäft ist, versucht, loszukommen von den zahlreichen Beschränkungen und Pflichten, die das Gesetz ihm zu Gunsten seines Kommittenten auferlegt hat.

In der Tat ist die Entwicklung auch in dieser Richtung verlaufen, ihr letztes Ergebnis zeigt sich in den Bestimmungen der AGB. der Banken. Sie geht in gerader Linie vom Kommissionsgeschäft über den Selbsteintritt zum Eigenhandel, um so frei schalten und walten zu können.

§ 3.

Zweifache Gründe hatte das Bestreben des Bankiers von den Fesseln des Kommissionsgeschäftes loszukommen und die Stellung eines Kommissionärs im Effektengeschäft zu verlassen. Sie waren rechtlicher und wirtschaftlicher Art. Zum einen war ihnen die Pflicht zur Rechenschaftslegung, die das Gesetz dem Kommissionär auferlegt, lästig und hinderlich. Als Kommissionäre mußten sie den Dritten namhaft machen, mit dem sie das Geschäft geschlossen hatten und mußten dem Kommittenten Rechnung legen über das für ihn geschlossene Geschäft. Zum anderen aber bot die Ausführung der Geschäfte als Kommissionär den Bankiers nicht genügende Verdienstmöglichkeiten, da sie lediglich auf die Provision angewiesen waren und alle sonstigen Vorteile eines Geschäfts den Kommittenten zugute kamen.

Den geeigneten Weg, sich der Rechenschaftspflicht zu entledigen, fanden die Banken in der Institution des Selbsteintritts. Des Selbsteintrittsrechts bedienten sie sich im zunehmenden Maße und machten den Selbsteintritt durch die generelle Vereinbarung in ihren AGB. zu der alleinigen Form, in der Kommissionsaufträge von ihnen erledigt wurden.

Die Geschichte dieses Rechtsinstituts und seiner verschiedenen gesetzlichen Regelungen zeigt wie auch hier die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse aus diesem Selbsteintrittsrecht das Gegenteil gemacht hat von dem, was der Gesetzgeber mit seiner Zulassung bezweckt hat. Bezüglich des Art. 376 A.D.HGB., in dem das Selbsteintrittsrecht zum ersten Mal gesetzlich geregelt ist, führt Breit [1]) aus, „daß kein Artikel des Alten Handelsgesetzbuches in seiner Anwendung im kaufmännischen Verkehr eine derart merkwürdige Geschichte aufzuweisen hat, wie gerade Art. 376, daß bei keinem die legislativen Erwägungen, die seiner Aufstellung zugrunde lagen, in einem so grellen Widerspruch zu den tatsächlichen Erscheinungen des wirtschaftlichen Lebens getreten sind, und daß vielleicht mit Ausnahme einiger Bestimmungen des Aktienrechts keine Norm des Gesetzes trotz des zivilpolitisch richtigen Grundgedankens so mangelhaft und unvollständig ausgefallen ist und so nachteilige soziale Wirkungen hervorgerufen hat wie Art. 376."

Entstanden ist der Selbsteintritt durch die Verbindung von Komission und Eigenhandel. Mit Recht hebt Breit [2]) nachdrücklich hervor, daß der Selbsteintritt, so wie er aufkam und sich anfänglich verbreitet hat, ein rein wirtschaftlicher Akt gewesen sei. Der Verkaufskommissionär führte die Kommission dadurch aus, daß er die Ware selbst kaufte, der Einkaufskommissionär erledigte das ihm aufgetragene Geschäft dadurch, daß er seinem Kommittenten die verlangte Ware selbst verkaufte. Ein Deckungsgeschäft mit einem Dritten fand hier nicht

[1]) Breit: Das Selbsteintrittsrecht, S. 2.
[2]) Derselbe, S. 9.

statt, denn der Verkaufskommissionär behielt die Ware selbst, während der Einkaufskommissionär sie ja schon an seinem Lager hatte. Eine solche Erledigung des Kommissionshandels mußte, wenn sie überhaupt gestattet werden konnte, Ausnahme bleiben; denn sie stand in Widerspruch zu den wesentlichen Eigentümlichkeiten des Kommissionsgeschäfts.

So sind denn auch die Bedenken gegen eine gesetzliche Sanktionierung eines solchen Kommissionshandels von Anfang an sehr groß gewesen und es hat nicht an Stimmen gefehlt, die den Selbsteintritt als nicht vereinbar mit dem Wesen des Kommissionsgeschäfts ansahen und deshalb seine Zulassung abgelehnt haben.

Sicher aber ist es, daß entscheidend für die dann doch erfolgte Zulassung dieser Institution einzig und allein der Gesichtspunkt gewesen ist, es liege in den meisten Fällen im Interesse des Kommittenten, einen Kommissionär zu haben, der in der Lage sei, die gewünschte Ware selbst zu liefern, ohne zuvor einen Dritten suchen zu müssen, und der im anderen Falle das Verkaufsgut selbst übernimmt.

So heißt es in den Motiven zum Preußischen Entwurf[1]: „Über die Frage, ob der Kommissionär in das Geschäft, mit dessen Ausführung er beauftragt ist, selbst und ohne Beteiligung eines Dritten eintreten, also bei Einkaufskommissionen seine eigene Ware dem Kommittenten ablassen, bei Verkaufskommission das kommittente Gut selbst ankaufen darf, sind die Ansichten sehr geteilt.

Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, daß sich der Kommissionshandel durch seine enge Verbindung mit dem Proprehandel gegenwärtig in einer Weise entwickelt hat, welche es unmöglich macht, bei der vorliegenden Frage an den Grundlinien des Mandats überall streng festzuhalten. Durch die zuerst erwähnte Annahme eines ganz unbeschränkten Rechts des Kommissionärs in der angegebenen Weise selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten, würde aber der Kommissionshandel in seiner eigentlichen Bedeutung zerstört und ein reeller Eigenhandel an dessen Stelle gesetzt werden." Sieveking[2]) schreibt: „Der Kommissionär, welcher einen Kreis von Kunden hat, von denen er im voraus gewisse Aufträge bezüglich des Ankaufs einer Ware erwarten kann, ist in der Lage, seinen Kommittenten rascher und unter Umständen wohlfeiler bedienen zu können, wenn er, günstige Kaufgelegenheiten benutzend, sich einstweilen Vorräte an Waren anschafft, welche zur Befriedigung aller seiner Kommittenten ausreichen, und dann aus diesem Vorrat dem Kommittenten liefert, als wenn er sich darauf beschränkt, die Kommission am offenen Markt auszuführen."

Aus diesen Äußerungen geht ohne Zweifel hervor, daß man bei der Zulassung des Selbsteintrittsrechts in erster Linie das Interesse und den Vorteil des Kommittenten im Auge hatte; „das Selbsteintrittsrecht darf nur gestattet sein, wenn es das Interesse des Kommittenten nicht verletzt[3])."

---

1) Motive zum Preuß. Entw., S. 160 ff.

2) Sieveking: Z.f.HR. 44, S. 1 ff.

3) Sieveking, S. 1 ff.

Man sah die Gefahren wohl, die der Selbsteintritt mit sich bringen mußte, dadurch, daß der Kommissionär in einen Widerstreit der Interessen geriet, wenn er selbst zugleich als Käufer und Verkäufer auftrat und doch nicht seine eigenen Interessen, sondern die seines Kommittenten wahren mußte. Man glaubte aber, die Gefahren dadurch zu beseitigen, daß man den Selbsteintritt abhängig machte von dem Bestehen eines Markt- und Börsenpreises, und dadurch, daß man die Zulassung des Selbsteintrittsrechts außerdem von der negativen Voraussetzung, dem Fehlen einer anderweitigen Bestimmung des Kommittenten abhängig machte.

Durch diese Beschränkung des Selbsteintrittsrechts glaubte man einen genügenden Schutz des Kommittenten gegen alle Übervorteilungen durch unredliche Kommissionäre geschaffen zu haben. Der Kommittent sei durch die Voraussetzung eines Börsen- oder Marktpreises in die Lage versetzt, die ihm in Rechnung gestellten Preise zu prüfen. Umsomehr hielt man das Selbsteintrittsrecht in diesen Schranken für ungefährlich, als dem Kommittenten dadurch, daß er seinem Kommissionär von vorneherein oder erst nach Erteilung des Auftrags den Selbsteintritt verbieten könne, eine Waffe in die Hand gegeben sei [1]). Daß dies eine grobe Täuschung war, mußte man schon wenig später erkennen.

Zwar war das A.D.HGB. bei der Zulassung des Selbsteintrittsrechts ausgegangen von der Vorstellung des wirtschaftlichen Selbsteintritts, bei dem es sich um ein Nehmen oder Geben vom eigenen Lager handelte [2]). Doch war der Wortlaut des Gesetzes so knapp und dürftig gefaßt, daß sich alsbald eine gänzlich andere Art des Selbsteintritts, vornehmlich im Börsenkommissionsgeschäft daraus entwickelte.

Der Kommissionär hatte nach dem Gesetz die Möglichkeit, auch dann in das Ausführungsgeschäft als Gegenkontrahent einzutreten, wenn er selbst die Ware nicht besaß oder sie nicht behalten wollte, wenn er also gezwungen war, ein Deckungsgeschäft abzuschließen.

Dieses Deckungsgeschäft wird in diesem Falle losgelöst von dem Ausführungsgeschäft, es hat rechtlich nichts mehr damit zu tun und ist ein Internum des Kommissionärs, der selbst eintritt. Dieser braucht weder den Dritten, mit dem er das Deckungsgeschäft abgeschlossen hat, seinen Kommittenten namhaft zu machen, noch ist er ihm gegenüber zur genauen Rechenschaftslegung verpflichtet. Seine Pflicht dem Kommittenten gegenüber beschränkt sich darauf, ihm keinen höheren als den Markt- oder Börsenpreis in Rechnung zu stellen. Damit war also der Selbsteintritt in der Kommission zu nichts anderem geworden, als lediglich einer Form der Ausführung der Kommission, in der der Kommissionär von der Rechenschaftspflicht gegenüber seinem Kommittenten befreit ist. Zwar soll die Rechenschaftspflicht des Kommissionärs beim Selbsteintritt in dem Nachweis bestehen, daß der Markt oder Börsenpreis eingehalten worden ist, aber man kann darin Nußbaum [3]) nur zustimmen, wenn er sagt: „daß diese angebliche Rechenschaftspflicht nur

1) Lepa, S. 278.
2) Lepa, S. 49.
3) Nußbaum, S. 59.

ein Wort sei, und jedenfalls sachlich etwas ganz anderes als die Rechenschaftspflicht im üblichen Sinn."

Diese Form des Selbsteintritts als einer Befreiung des Kommissionärs von der Rechenschaftspflicht gewann seine fast ausschließliche Verbreitung im Börsenkommissionsgeschäft der Bankiers. Auf anderen Zweigen des Kommissionshandels ist er zwar vereinzelt aufgetaucht, vermochte sich aber nie durchzusetzen [1]). Im Effektenkommissionshandel aber wurde er herrschend und zu der ausschließlichen Form der Ausführung von Kommissionsaufträgen. Wie Breit [2]) zeigt, ist er hervorgegangen aus der Delkredere-Kommission der Bankiers, indem diese das Bestreben hatten, dem Kommittenten gegenüber nicht nur wie der Dritte zu haften, sondern darüber hinaus in die gesamte Rechtstellung des Dritten zu gelangen und auch dessen sämtliche Rechte zu erhalten. Dies gelang ihm mit Hilfe des Selbsteintritts. Dazu sagt Breit [3]): „Sie wurden dadurch aus Mandataren, aus Vertrauenspersonen, selbstinteressierte Eigenhändler, und von der ihnen obliegenden Vertretung fremder Interessen blieb in zahlreichen Fällen nicht mehr viel übrig."

„Eine solche Stellung hätten die Kommissionäre nie erreicht, schreibt weiterhin zutreffend Breit [4]), wenn ihnen nicht durch die Legislative ein unerwarteter Beistand zuteil geworden wäre, ein Beistand, der allerdings weniger auf Absicht als auf mangelnder Gesetzgebungstechnik beruht. Kein Wunder, daß die Kommissionäre nunmehr, nachdem ihnen der Selbsteintritt und zwar unter Zubilligung erleichterter Rechenschaftspflicht vom Gesetz ausdrücklich gestattet worden war, von dieser Befugnis fast immer Gebrauch machten und daß dem gegenüber die eigentliche reguläre Kommissionsausführung völlig in den Hintergrund trat."

Daß ein solcher Rechtszustand nicht gewollt war, läßt sich nicht bestreiten; die ganze Stellung des Art. 376 sowohl, wie seine Fassung, lassen ohne Zweifel erkennen, daß die Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt vom Gesetz als Ausnahme gedacht war. Der Handelsverkehr aber machte diese Ausnahme zur Regel und die normale Ausführung zur Ausnahme [5]).

Dieser bedeutende Zwiespalt zwischen der Rechtsordnung und der tatsächlichen Übung im Wirtschaftsleben blieb nicht ohne weitgehende schädigende Folgen. Der Glaube, die Beschränkung des Selbsteintrittsrechts auf Waren oder Wertpapiere mit einem Markt- oder Börsenpreis und die Verpflichtung des Kommissionärs, diesen Preis einzuhalten, biete genügenden Schutz für den Kommittenten, erwies sich recht bald als Täuschung. Der unreelle Kommissionär besaß trotz dieser Bestimmung Mittel und Wege genug, seinen eigenen Vorteil auf

---

1) Nußbaum, S. 61.
2) Breit, S. 15 ff.
3) Breit, S. 17.
4) Breit, S. 20.
5) dto.

Kosten des Kommittenten zu finden. Die Annahme des Gesetzes wäre nur dann zutreffend, wenn der Börsenpreis stets einen unbeeinflußten und unbeeinflußbaren Wertmesser für das Effekt darstellte. Dem ist aber nicht so. Vielmehr hat der Bankier als Kommissionär Gelegenheit genug, den Kurs eines Papiers, für das er Interesse hat, maßgeblich zu beeinflussen. Es liegt auf der Hand, wie sehr durch solche Manipulationen eines Kommissionärs der Kommittent geschädigt werden kann. Der Kommissionär braucht nur den Kurs künstlich in die Höhe zu treiben, um dann seinem Kommittenten diesen Kurs in Anrechnung zu bringen. Nicht weniger naheliegend ist die Gefahr des sogenannten Kursschnitts, der überall dort leicht möglich ist, wo nicht ein sogenannter Einheitskurs festgestellt wird. Bei mehrfach wechselnden Kursen während einer Börse bringt der Kommissionär seinem Kommittenten den höchsten Kurs, bezw. bei der Verkaufskommission den geringsten Kurs in Anrechnung, während er selbst zum niedrigsten Kurs kauft oder zum höchsten Tageskurs verkauft, wenn er nicht überhaupt das Geschäft in sich macht, d. h. dem Kommittenten aus seinen Beständen liefert oder verschiedene Aufträge kompensiert. Dem Kommittenten wird es in solchen Fällen nur schwer, wenn nicht überhaupt unmöglich sein, derartige Machenschaften seinem Kommissionär nachzuweisen. Die „Waffe", die dem Kommittenten angeblich dadurch in die Hand gegeben war, daß er die Ausführung des Kommissionsauftrages durch Selbsteintritt verbieten könne, war auch praktisch ohne jede Wirkung. Denn dazu hatten und haben die Banken ihre AGB., die mit ihrer Selbsteintrittsklausel für den Kunden jeden Einwand unmöglich machen.

So wurde denn eine weitgehende Reform der äußerst mangelhaften Bestimmungen des A.D.HGB. recht bald als dringend notwendig erkannt, ja, es fehlte nicht an Stimmen, die für ein völliges Verbot des Selbsteintritts eintraten, wie das in Frankreich und England auch tatsächlich der Fall ist. Die Abschaffung des Selbsteintrittsrechts empfiehlt zum Beispiel Munk [1]) und auch bei der Beratung des Börsengesetzes im Reichstag äußerte Graf Kanitz [2]) „ein beträchtlicher Teil der Verluste, welches das deutsche Publikum in Börsenspekulationen erlitten hat und fortwährend noch erleidet, sind auf diesen Selbsteintritt des Kommissionärs zurückzuführen."

Diese im Börsenkommissionsgeschäft immer deutlicher zutage tretenden Mißstände führten zu der Börsen-Enquete im Jahre 1892, die eine Reform des Kommissionsgeschäftes, vor allem aber der gesetzlichen Regelung des Selbsteintrittsrechts zur Folge hatte. Zu einer gänzlichen Abschaffung des Selbsteintrittsrechts kam es nicht, da man eine Umgehung dieses Verbotes seitens der Kommissionäre befürchtete, die für das Publikum noch schlimmere Folgen hätte haben können als der vorherige Rechtszustand. Vor allem wurde der Selbsteintritt von kaufmännischer Seite als wirtschaftliche Notwendigkeit bezeichnet. So blieb es bei einer Reform der Bestimmungen des A.D.HGB.

---

[1]) Munk: Mißbräuche an den Börsen, S. 33.

[2]) IX. Leg. 4. S. Sess. 11, S. 218.

Der Zweck der im Zuge der Neugestaltung des Börsenwesens vollzogenen Reform der gesetzlichen Bestimmungen über das Selbsteintrittsrecht war ein erhöhter Schutz des Kommittenten gegen die oben geschilderten Übervorteilungen durch die Kommissionäre. Um dem Kommittenten die Kontrolle über die Einhaltung des Börsenpreises zu erleichtern und dem Kommissionär auf der anderen Seite die Möglichkeit des Kursschnitts zu nehmen, wurde die Zulässigkeit des Selbsteintritts abhängig gemacht von dem Bestehen eines amtlich festgestellten Börsenpreises. Zugleich sollte damit die unlautere Kursbeeinflussung zum Schaden der Kommittenten durch die Kommissionäre unterbunden werden. Als ein Mangel, der sich nachteilig auswirkte, hatte sich ferner die ungenügende Festlegung des Zeitpunktes der als Zeitpunkt der Ausführung des Auftrags zu gelten hatte, erwiesen. Als Zeit der Ausführung galt der Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige. Die Kommissionäre sandten die Anzeige meist jedoch nicht unmittelbar nach der Ausführung des Kommissionsauftrags — dies war ihnen auch nicht immer möglich — sondern regelmäßig erst nach Beendigung der Börse ab. Dadurch war ihnen die Möglichkeit gegeben, dem Kommittenten den für sie selbst günstigsten Kurs des Tages in Anrechnung zu bringen. Ebenso notwendig erwies sich eine zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit der Selbsteintrittserklärung, worüber das Gesetz bisher schwieg. So ließ der Kommissionär den Kommittenten vielfach im Ungewissen darüber, welche Form der Ausführung er gewählt hatte; konnte doch nach dem alten Recht der Kommissionär selbst noch im Prozeß den Selbsteintritt erklären [1]).

Die Börsen-Enquete-Kommission [2]) erstrebte die Beseitigung aller dieser Mißstände und schuf die Voraussetzung für die §§ 71—74 des Börsengesetzes von 1896, die in fast unveränderter Form in das neue HGB. (§§ 400—405) übernommen wurden.

§ 4.

Die Tendenz der Gesetzgebung über das Selbsteintrittsrecht war eine rückläufige.

Nachdem man zunächst den Selbsteintritt in ziemlich unbeschränktem Maße zugelassen hatte, weil man von falschen wirtschaftlichen Voraussetzungen ausging und keine Ahnung davon hatte, was „geschäftstüchtige und geschickte" Kommissionäre aus diesem Rechtsinstitut machten, sah man sich später zu einschneidenden Beschränkungen dieses Rechts auf allen Seiten gezwungen. Da man sich aus praktischen Erwägungen nicht traute, diesen „Stein des Anstoßes" gänzlich zu beseitigen, wollte man doch seine Anwendung beschränken auf solche Fälle,

---

1) RGZ. 1, S. 296; 4, S. 92.

2) Siehe Bericht der BEK.

in denen die Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt ungefährlich für den Kommittenten war.

Aus diesem Grunde setzte § 400 HGB. für die Zulassung des Selbsteintritts vor allem das Bestehen eines amtlich festgestellten Börsenpreises voraus. Abs. 3 und 4 des § 400 bestimmen, um dem Kursschnitt Einhalt zu tun, daß für den Fall, daß der Kommissionär die Ausführungsanzeige erst nach Schluß der Börse zur Absendung bringt, der berechnete Preis nicht ungünstiger sein darf als der Schlußkurs der Börse. Ebenso muß bei Anweisung auf einen bestimmten Kurs dieser vom Kommittenten bestimmte Kurs auch angerechnet werden, gleichgültig, wann die Absendung der Ausführungsanzeige erfolgt.

Auf jeden Fall aber ist der Kommissionär gehalten, wenn er bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt die Kommission zu einem günstigeren als dem amtlichen Kurs ausführen konnte, dem Kommittenten diesen erzielbaren besseren Preis anzurechnen.

Es tritt hierdurch deutlich zutage, daß das Gesetz auch im Falle des Selbsteintritts den Kommissionär auf jeden Fall verpflichten will, die Interessen des Kommittenten wahrzunehmen und nicht seine eigenen und als Treuhänder und Vertrauensmann des Kommittenten zu handeln und nicht als sein Vertragsgegner.

Um jede Umgehung dieser Gebote durch den Kommissionär mit Hilfe etwaiger vertraglicher Vereinbarungen zu verhindern, macht der § 402 HGB. diese Schutzbestimmungen zu zwingendem Recht, das nicht zum Nachteile des Kommittenten abgewandelt werden kann.

Hervorzuheben ist ferner der § 405 HGB., der entgegen dem Vorschlag der Börsen-Enquete-Kommission bestimmt, daß das Fehlen einer ausdrücklichen Selbsteintrittserklärung bedeute, daß der Kommissionär die Kommission durch reguläre Ausführung ausführen wolle.

Ferner hat die Erklärung des Selbsteintritts spätestens am Tage der Absendung der Ausführungsanzeige zu erfolgen. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig.

Wenn auch durch diese bedeutenden und einschränkenden Bestimmungen des HGB. nicht jeder Mißbrauch des Selbsteintrittsrechts unmöglich gemacht ist, so wäre dennoch damit den ärgsten Übelständen die Spitze abgebogen, und die Gefahr für den Kommittenten wenn nicht beseitigt so doch erheblich vermindert worden — wenn nicht die AGB. der Banken gewesen wären. Die Banken setzten sich kurzer Hand über die gesamten rechtlichen Beschränkungen hinweg, indem sie das, was ihnen vorher gesetzlich gestattet war, nunmehr in ihre Geschäftsbedingungen aufnahmen. Sie dingten sich aus, alle Kommissionsaufträge schlechthin durch Selbsteintritt auszuführen, ob es sich nun um den Handel mit amtlich notierten oder nicht amtlich notierten Werten handelte. Der Kunde mußte die Bedingungen zur Kenntnis nehmen und unterschreiben, denn anders blieb ihm nichts übrig, und die AGB. waren damit lex contractus geworden für alle Geschäfte, die er mit der Bank schloß.

Wozu die ganze Reform des Gesetzes, wozu die Einführung der amtlichen Börsennotiz als unbedingte Voraussetzung für die Zulässigkeit des Selbsteintritts, wenn dies alles wieder aufgehoben wird durch autonome Bestimmungen der Kommissionäre? Sollte die ganze Reform nur darum durchgeführt sein, damit in der Praxis nachher der gleiche Zustand wie unter dem alten Recht andauerte?

Die Banken argumentieren folgendermaßen: Da der § 402 HGB. ausdrücklich sagt: „die Vorschriften des § 400 Abs. 2—5 und des § 401 können nicht durch Vertrag zum Nachteil der Kommittenten abgeändert werden, „so geht daraus ohne Zweifel hervor, daß der § 400 Abs. 1 wohl durch Vertrag geändert werden kann, daß also ein Selbsteintrittsrecht vertraglich auch dort vereinbart werden kann, wo die gesetzlichen Voraussetzungen dazu nicht gegeben sind[1]). Es ist bezeichnend, wenn Koch hier schreibt: „Die Rechtstellung der Bank bei der Ausführung der Orders durch Selbsteintritt ist aber eine günstigere, wie bei der reinen Kommission und aus diesem Grund wird das Selbsteintrittsrecht regelmäßig in den AGB. ausbedungen. Der Zweck der Klausel beruht also auf den Folgen, welche das Gesetz an den Selbsteintritt des Kommissionärs geknüpft hat."

Die Ehrlichkeit, mit der hier das Motiv zu der allgemeinen Selbsteintrittsklausel kundgegeben wird, ist erfreulich. Das mag ein Grund sein für die Banken, so zu handeln, es ist aber keine Berechtigung. Der Sinn des Gesetzes ist, nicht den Banken eine möglichst günstige Rechtstellung zu geben, sondern eine reibungslose Abwicklung der Kommissionsgeschäfte zu ermöglichen, bei der niemand auf Kosten des anderen geschädigt werden soll und bei der beide Teile den gleichen Rechtsschutz genießen.

Das Eigenartigste ist jedoch, daß in dieser äußerlich formal juristischen Beweisführung für die Zulässigkeit des außergesetzlichen Selbsteintritts, die sowohl die Entstehungsgeschichte wie die ratio legis vollkommen außerachtläßt, die gesamte Literatur und Rechtsprechung sich den Banken angeschlossen hat, oder zum mindesten nichts Gegenteiliges erwidert hat; obwohl vor dem Bestehen des HGB. eine ebenso starke gegenteilige Ansicht bestand.

So schreibt Breit, der in seiner Schrift „Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs" noch feststellte und hervorhob, daß durch die regelmäßige Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt aus den Kommissionären selbstinteressierte Eigenhändler geworden seien und daß damit der von ihnen obliegenden Vertretung fremder Interessen in zahlreichen Fällen nicht mehr viel übrig geblieben sei[2]), der den Artikel 376 A.D.HGB. als äußerst mangelhaft und rechtspolitisch verfehlt bezeichnete, im J.W.Kommentar zum Börsengesetz[3]): „Ausführung

---

[1]) Koch, S. 73, S. 75.

[2]) Siehe S. 27 und S. 28 dieser Arbeit.

[3]) JW.Kommentar z. Börsenges., S. 387.

durch Selbsteintritt und reguläre Kommissionsausführung gehen — und das verkennen die Gegner des Selbsteintritts vollkommen — im Effektenhandel vollständig ineinander über. Ohne Übertreibung darf gesagt werden, daß in 999 von 1000 Fällen die Rechtslage bei der durch Selbsteintritt ausgeführten Kommission genau die gleiche ist, wie sie es bei der regulären Kommissionsausführung sein würde. In dem einen wie dem anderen Fall bezieht der Bankier, wenn sich ihm nicht die Gelegenheit zur Kompensation bietet, die Effekten an der Börse oder veräußert sie dort. In einem wie im anderen Fall berechnet er in seiner Abrechnung dem Kunden den Börsenkurs, den dieser an Hand der Kurstabelle nachprüfen kann."

„Worin soll denn nun eigentlich die schwere Gefahr, die dem Kunden im Falle des Selbsteintritts droht, bestehen? Der praktische Unterschied liegt in der Erleichterung der Rechenschaftspflicht, der Kunde muß sich damit zufrieden geben, wenn die Einhaltung des amtlich notierten Börsenpreises vom Bankier nachgewiesen wird."

Verschwunden sind alle Gefahren des Kursschnitts, der unlauteren Kursbeeinflussung, des Depotfixens; die Abweichung der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt gegenüber den normalen Ausführungen wird bagatellisiert. Infolgedessen wird an der gleichen Stelle [1]) von Breit auch der Standpunkt vertreten, daß der dispositive Charakter des § 400 Abs. 1 außer Zweifel stünde und daß eine Vereinbarung, durch die die Befugnis des Bankiers zum Selbsteintritt auch auf amtlich nicht notierte Werte ausgedehnt werde, sehr wohl zulässig sei. Allerdings muß Breit zugeben, daß zurzeit des alten HGB. dies von gewichtiger Seite geleugnet wurde. Der gleichen Ansicht ist auch Schmidt-Rimpler und sämtliche Kommentare [2]). Desgleichen sagt das Reichsgericht [3]), die Vorschrift des § 402 HGB. trifft die Bestimmung des § 400 Abs. 1 nicht.

Trotz dieser erdrückenden Mehrheit und Einheitlichkeit der Meinungen aller dieser Schriftsteller und Entscheidungen vermag ich diese Ansicht nicht zu teilen. Es sprechen viele Gründe dagegen. Die herrschende Meinung steht im Widerspruch mit der Entstehungsgeschichte und dem Zweck dieser Bestimmung im § 400 Abs. 1. Nach altem Recht war ein amtlich festgestellter Börsenpreis nicht erforderlich, dabei hatten sich schwere Mißstände gezeigt; um diese zu beseitigen, wurde die Zulassung des Selbsteintritts abhängig gemacht von dem Bestehen eines amtlich festgestellten Börsenpreises. Welchen Sinn hätte dann die Reform gehabt, wenn ihre ganze Wirkung wieder aufgehoben werden könnte durch eine vertragliche Vereinbarung, die noch dazu einseitig diktiert wird von jener Gruppe, gegen die die Reform sich richtete, von den Kommissionären.

---

[1]) JW.-Kommentar, S. 402.

[2]) Schmidt-Rimpler: in Ehrenbergs Handb. V, I, 1, S. 1001; wie dieser: Düringer-Hachenburg, Anm. 26 zu § 400; Staub, Anm. 5 zu § 400, Goldschmit, Anm. 1 zu § 400.

[3]) RGZ. 53, 368; 80, 102 und KG. v. 10. 12. 1910 in LZ. 1911, S. 234.

Wenn das Gesetz besagt, die Kommission zum Einkauf oder Verkauf von Wertpapieren, bei denen ein Börsenpreis amtlich festgestellt wird, kann durch Selbsteintritt ausgeführt werden, so soll das vernünftigerweise doch wohl heißen, daß die Kommission bei solchen Wertpapieren, die keine amtliche Notiz haben, eben nicht durch Selbsteintritt ausgeführt werden kann. Denn anders hätte eine solche Bestimmung doch gar keinen Zweck.

Auch der Wortlaut des § 402 HGB. ist nicht ein unbedingtes Argument dafür, daß der § 400 Abs. 1 dispositives Recht in der Weise enthält, daß durch eine Vereinbarung die gesetzlichen Voraussetzungen des Selbsteintrittsrechts umgangen werden können. Der Abs. 1 des § 400 ist vielmehr die Voraussetzung, unter der überhaupt ein Selbsteintrittsrecht nur ausgeübt werden kann. Er ist gewissermaßen der Rahmen, ohne den die weiteren Bestimmungen überhaupt keine Anwendung finden können, denn in den §§ 400 Abs. 2 bis 401 ist ja fast jedesmal von einem amtlich festgestellten Markt- oder Börsenpreis die Rede. Die Bestimmung des § 402 will lediglich besagen, daß innerhalb des Rahmens von § 400 Abs. 1 also unter der Voraussetzung, daß es sich um eine Kommission in amtlich notierten Papieren handelt, eine Änderung der Bestimmungen der §§ 400 Abs. 2 bis 401 zum Nachteil des Kommittenten nicht zulässig ist.

Der Abs. 1 des § 400 HGB. bildet eigentlich einen selbständigen Paragraphen, der die Zulässigkeit der Ausführung einer Kommission durch Selbsteintritt festlegt. Abs. 2 bis 5 des § 400 und § 401 enthalten dagegen die Ausführungsbestimmungen für diese Art der Kommissionserledigung. Sie stellen die einzelnen Pflichten fest, die der Kommissionär bei dieser Art der Kommissionsausführung zu beachten hat. Von diesen Pflichten kann sich der Kommissionär nicht durch vertragliche Verreinbarung befreien, das will der § 402 besagen.

Hält man sich diese sinngemäße Paraphierung vor Augen, daß § 400 Abs. 1 den Selbsteintritt unter der Voraussetzung des amtlichen Kurses überhaupt sanktioniert, die folgenden Abschnitte aber und der § 401 die Ausführungsbestimmungen dieses nach § 400 Abs. 1 zulässigen Selbsteintritts darstellen, so wird der wirkliche Sinn des Wortlauts von § 402 klar und man erkennt, daß die Folgerung, aus diesem Wortlaut ergebe sich der dispositive Charakter des § 400 Abs. 1 und damit seine vertragliche Abdingbarkeit, ein Fehlschluß ist, der weder dem Sinn des Gesetzes und den Umständen, unter denen die gesetzlichen Bestimmungen entstanden sind, entspricht.

Auch folgende Gesichtspunkte sprechen gegen die Richtigkeit der herrschenden Meinung. Stellt man sich auf deren Standpunkt, nimmt man also an, die vertragliche Vereinbarung des Selbsteintrittsrechts bei amtlich nicht notierten Werten sei zulässig, so erhebt sich die Frage, ob in diesem Falle die Bestimmungen der §§ 400 Abs. 2 bis 5, und 401, Anwendung finden oder ob sie, da in ihnen ja von einem amtlichen Börsenpreis immerzu die Rede ist, hinfällig werden. Ein solcher entfällt jedoch bei dem außergesetzlichen Selbsteintritt. Konse-

quentermaßen müßte man die Anwendung der §§ in diesem Falle ausschließen, denn sie sprechen ja nur von dem Selbsteintritt im Falle des Vorhandenseins eines amtlichen Börsenpreises und ihre Bestimmungen sind deshalb bei dem außergesetzlichen Selbsteintritt eigentlich gegenstandslos. In der Tat steht ein Teil der Schriftsteller auf diesem Standpunkt [1]). Doch zeigt sich bei dieser Auffassung deutlich, daß eine Auslegung des Wortlauts von § 402 HGB. im Sinne der herrschenden Meinung falsch ist. Denn aus dieser Ansicht ergeben sich folgende Folgerungen: Da § 402 HGB. besagt, zwingendes Recht sind die §§ 400 Abs. 2 bis 401, ergibt sich, daß § 400 Abs. 1 dispositiven Charakter hat, folglich ein vertraglich vereinbarter Selbsteintritt trotz Fehlens der gesetzlichen Voraussetzung des amtlich festgestellten Kurses möglich ist. Da die §§ 400 Abs. 2 bis 401 jedoch überall das Vorhandensein eines amtlichen Börsenkurses zur Voraussetzung haben, können sie bei dem außergesetzlichen Selbsteintritt keine Anwendung finden. Der Widerspruch, der dieser Anschauung zugrunde liegt, tritt hier klar zutage. Man könnte diesen Satz ad adsurdum führen und die Behauptung aufstellen, daß der § 402 sich damit hier selbst aufhebt. So kommt denn auch der überwiegende Teil der Schriftsteller [2]) aus Billigkeitserwägungen zu der Auffassung, daß auch beim außergesetzlichen Selbsteintritt die §§ 400 Abs. 2 bis 401 HGB. entsprechende Anwendung finden müssen. Es kann sich nur um eine entsprechende Anwendung handeln, denn soweit diese gesetzlichen Bestimmungen das Bestehen eines amtlichen Markt- oder Börsenpreises zur Voraussetzung haben, ist eine direkte Anwendung ja ausgeschlossen. Jedoch auch diese Lösung vermag nicht zu befriedigen und zeigt, daß die von der herrschenden Meinung angenommene Auslegung des § 402 nicht die richtige ist. Breit [3]) schreibt: „Der auf Vereinbarung beruhende Selbsteintritt steht dem gesetzlichen gleich, er gilt ebenfalls als Ausführung der Kommission und seine Ausführung unterliegt denselben und formellen und zeitlichen Beschränkungen wie der auf Gesetz beruhende."

Zu einem praktisch wenig befriedigenden Ergebnis kommt auf Grund der herrschenden Ansicht Schmidt-Rimpler [4]). Er schreibt: Fehlt ein Börsen- oder Marktpreis, so hat der Kommissionär mangels besonderer Vereinbarungen den Preis zu berechnen, der bei ordnungsmäßigem Drittabschluß erzielt worden wäre, läßt sich ein solcher nicht feststellen, einen billigem Ermessen entsprechenden Preis. Die Rechenschaftspflicht beschränkt sich alsdann auf den Nachweis, daß die Preise eingehalten sind."

[1]) Makower Anm. 1 b zu § 400; Lehmann-Ring § 400, Anm. 30.

[2]) Breit: Das Selbsteintrittsrecht, S. 85 ff. Düringer-Hachenburg, Anm. 27 zu § 400. Staub, Anm. 5 zu § 400. Schmidt-Rimpler bei Ehrenberg, S. 1002; wie diese auch das RGZ. 114, S. 12.

[3]) Breit: EB.Komm., S. 402 ff.

[4]) Schmidt-Rimpler bei Ehrenberg, S. 1003.

Damit sind also die ganzen Gefahren für den Kommittenten wieder heraufbeschworen, die durch die Einführung des amtlichen Börsenkurses als Voraussetzung zum Selbsteintritt gerade beseitigt werden sollten.

Wie soll der Kommittent in einem solchen Falle die Preisberechnung des Kommissionärs nachprüfen. Dem Kursschnitt und der Übervorteilung sind wieder Tür und Tor geöffnet, ja, die Preisberechnung soll sogar in das Ermessen des Kommissionärs gestellt sein. Soweit die Möglichkeit der Sicherung des Kommittenten besteht, will das Gesetz sie erzwingen, schreibt Schmidt-Rimpler in anderem Zusammenhang [1]. Aus eben diesem Grunde kann der Wille des Gesetzes nicht darauf abzielen, eine Art des Selbsteintritts zuzulassen, die alle Mißstände wieder heraufbeschwört, die gerade erst beseitigt werden sollten. Der Selbsteintritt bei der Kommission, die den An- oder Verkauf von amtlich nicht notierten Werten zum Gegenstand hat, ist ungesetzlich und als nicht zulässig anzusehen.

Soweit es sich um eine generelle Selbsteintrittserklärung in den AGB. der Banken handelt, ist diese auch noch von einem anderen Gesichtspunkt aus als unzulässig und mit dem Willen des Gesetzes nicht vereinbar zu erklären.

Der § 400 Abs. 1 enthält den einschränkenden Satz: „Wenn der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat." Selbst bei dem gesetzlichen Selbsteintritt im Kommissionshandel mit amtlich notierten Werten soll nach dem Willen des Gesetzes die Absicht des Kommittenten über die Art der Ausführung der Kommission entscheiden. Um wieviel mehr müßte dies der Fall sein, wenn es sich um einen außergesetzlichen Selbsteintritt handelt, bei dem das Interesse des Kommittenten an einer Rechenschaftslegung viel stärker ist.

Die Selbsteintrittsklausel in den AGB. der Banken beraubt den Kommittenten aber jeden Einflusses auf die Art der Ausführung des Kommissionsauftrages. Ihm bleibt keine andere Möglichkeit als die Bedingungen der Kommissionäre anzuerkennen und sich damit diesen zu unterwerfen als Grundlage aller mit der Bank zu schließenden Verträge. Von einer Vereinbarung kann also nicht mehr die Rede sein.

Dieser einseitige Ausschluß eines Rechts, daß dem Kommittenten nach dem Willen und Wortlaut des Gesetzes unbedingt zusteht, stellt eine unsittliche Knebelung des wirtschaftlich schwächeren Vertragspartners dar. Die generelle Selbsteintrittsklausel, die sich auch auf den Handel in amtlich nicht notierten Werten erstreckt, ist ein Mißbrauch einer Monopolstellung und aus diesem Grunde unsittlich und nichtig nach § 138 BGB.

---

[1] Schmidt-Rimpler bei Ehrenberg, S. 1003.

§ 5.

Wenn auch die Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt sich schon stark von dem eigentlichen Kommissionsgeschäft entfernt und dem Eigenhandel nahe verwandt ist — Selbsteintritt ist die Brücke zum Eigenhandel — so besteht zwischen dem durch Selbsteintritt tätig werdenden Kommissionär und dem als Käufer oder Verkäufer auftretenden Eigenhändler doch noch ein prinzipieller und auch praktisch bedeutsamer Unterschied. Zwar tritt das wesentliche Merkmal des Kommissionsgeschäfts beim Selbsteintritt, so wie er tatsächlich gehandhabt wird, bereits stark in den Hintergrund. Das Kommissionsgeschäft ist wie Schmidt-Rimpler [1]) richtig betont, Vertrauensgeschäft, infolgedessen wird immer ein ausgesprochenes Bedürfnis nach Schutz gegen unreelle Machenschaften bestehen. Wirksamen Schutz kann aber nur die Rechenschaftspflicht des Kommissionärs bieten, sie bildet darum ein wesentliches Merkmal des eigentlichen Kommissionsgeschäfts. Dadurch, daß beim Selbsteintritt die Rechenschaftspflicht des Kommissionärs in weitem Maße entfällt, hat man praktisch für den Kommittenten ein gut Teil der Vorteile des Kommissionsgeschäftes genommen. Immerhin ist der Unterschied auch zwischen dem selbsteintretenden Kommissionär und dem eigentlichen Eigenhändler noch groß genug, um die beiden Begriffe scharf voneinander zu trennen. Auch der Kommissionär, der die Geschäfte seines Kunden durch Selbsteintritt ausführt, bleibt immer noch Kommissionär. Er hat das Vertrauensverhältnis zu wahren, die Interessen seines Kunden ausschließlich wahrzunehmen, er ist zahlreichen Pflichten und Beschränkungen unterworfen. Hervorgehoben sei besonders die Bestimmung des § 384 Abs. 3 HGB., wonach der Kommissionär für die Erfüllung des Geschäftes haftet, wenn er den Drittkontrahenten nicht namhaft macht, also beim Selbsteintritt regelmäßig. Wirtschaftlich kennzeichnet sich seine Stellung als Kommissionär dadurch, daß er seine Vergütung für sein Tätigwerden in Gestalt einer Provision erhält und nicht, wie der Eigenhändler, durch das wirtschaftliche Ergebnis des Geschäfts entlohnt wird, das im Falle der Kommission vielmehr dem Kommittenten zugute kommt.

Da im deutschen Bankiergewerbe im Gegensatz zum englischen, wo eine scharfe Trennung besteht, von jeher Eigenhandel und Kommission im Effektenhandel nebeneinander bestanden, versuchten die Bankiers alsbald die Form des Kommissionsgeschäfts auch im Effektenhandel mit ihren Kunden zu verlassen und stattdessen im zunehmenden Maße Eigenhändler zu werden, nachdem sie schon unzulässigerweise alle Kommissionen durch vorhervereinbarten Selbsteintritt ausgeführt hatten.

Im Jahre 1905 tauchte demzufolge der Vorschlag auf, eine allgemeine Eigenhändlerklausel einzuführen, nach welcher der Bankier dem Kunden gegenüber bei allen Aufträgen zum Kauf oder Verkauf

---

[1]) Schmidt-Rimpler bei Ehrenberg, S. 987.

von Wertpapieren als Eigenhändler auftrete, „damit werde der Bankier allen Fußangeln des Kommissionsrechts entgehen [1])". Nach Bernstein [2]) stammt dieser Vorschlag von dem Finanzschriftsteller Dr. Georg Zadig. Er wurde jedoch nur von einem geringen Teil der Bankiers in dieser Weise befolgt, in erster Linie von den sogenannten Bucketshops; das sind Winkelbankiers, die Kundenaufträge tatsächlich nicht ausführen und durch fiktive Operationen auf dem Rücken ihrer Kunden spekulieren [3]).

Die Aufnahme einer solchen allgemeinen Eigenhändlerklausel in die AGB. galt als anrüchig und als Kennzeichen eines unreellen und unsauberen Geschäftsgebarens.

So fand denn auch die Eigenhändlerklausel in der Art, daß die Bank sich vorbehielt, alle Aufträge zum Ankauf oder Verkauf von Effekten als Eigenhändler auszuführen, scharfe Ablehnung sowohl in der juristischen Literatur wie auch in der Rechtsprechung.

Mit Recht betonte das RG. [4]), daß der Wille des Kunden, der einen Bankier mit dem Ankauf oder Verkauf von Effekten beauftragt, auf den Abschluß eines Kommissionsgeschäftes gerichtet ist. Der Kunde sieht in dem Bankier seinen Vertrauensmann, der seine Interessen wahrnehmen soll, und nicht einen selbstinteressierten Eigenhändler. Das Kommissionsgeschäft ist die Regel im Effektenhandel und darum bedarf es der Darlegung besonderer Umstände seitens des Bankiers, wenn er ein solches Geschäft nicht als Kommissions-, sondern als Eigengeschäft ausführen will. Der gleiche Standpunkt wird auch in der Literatur vertreten. Breit [5]) äußert sich sehr scharf gegen einen solchen Eigenhandel. Er schreibt: „Es ist nur zu begrüßen, wenn das Reichsgericht immer wieder betont, daß durch keine Abmachung (Eigenhändlerklausel) und durch keine Berufung auf irgendwelche Usancen das Treueverhältnis, in dem der mit dem Ein- und Verkauf von Effekten beauftragte Bankier als Kommissionär zu seinen Kunden steht, von einem Teil der Geschäftsverbindung in ein Eigengeschäft ausgestaltet werden kann. Es ist im Grunde genommen unverständlich, wenn heute noch im Prozeß von einem Bankier der Einwand erhoben wird, es bestehe eine Verkehrssitte, wonach der als Kommissionär mit dem Verkauf eines Wertpapiers beauftragte Bankier sich ständig als Eigenhändler betrachte."

Zwar wäre der Eigenhandel in Effekten an sich nicht verboten, denn es muß ja jedem freigestellt sein, in welcher Form er ein Gewerbe betreiben will, aber die Vereinbarung ständig als Eigenhändler im Effektengeschäft aufzutreten, stellt eine Vergewaltigung des Kunden dar, der sich nicht so schutzlos der Willkür des Bankiers ausliefern

---

1) Nußbaum: Tatsachen, S. 70.

2) Bernstein: Im Bankarchiv XIV, S. 311.

3) Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin, 3. Band, S. 117, Nr. 5.

4) RGZ. 43 S. 111; 114 S. 9; RG. in JW. 1926 S. 2077.

5) Breit in JW. 1926 S. 2077.

will. Denn der ständige Eigenhandel in Effekten käme praktisch einer willkürlichen Preisfestsetzung seitens des Bankiers gleich.

So vermochte sich die ständige Vereinbarung in allen Effektengeschäften, als Eigenhändler aufzutreten, trotz zahlreicher dahingehender Bestrebungen nicht durchzusetzen.

Wohl aber nahmen die Banken nach und nach das Recht für sich in Anspruch, beim Handel in amtlich nicht notierten Werten als Eigenhändler aufzutreten. Dieses führte zu der Eigenhändlerklausel, wie wir sie heute in den meisten Geschäftsbedingungen der Banken haben und wie sie auch in den dieser Arbeit zugrunde liegenden AGB. der Deutschen Bank in Berlin enthalten ist. Diese Eigenhändlerklausel bezweckte die Befreiung der Banken von allen Beschränkungen, denen sie bei der Ausführung von Geschäften in amtlich nicht notierten Werten durch vereinbarten Selbsteintritt unterworfen waren. Vor allem aber war ihnen der allein in einer Provision bestehende Gewinn bei diesen Geschäften zu gering[1]). So sagt der § 29 der sogenannten Usancen für amtlich nicht notierte Werte[2]): „Geschäfte in amtlich nicht notierten Werten sind bei erfolgter Nettoaufgabe im Zweifel als Eigengeschäfte und nicht als Kommissionsgeschäfte anzusehen, sofern nicht der andere Teil seinen abweichenden Willen nach Empfang der Aufgabe unverzüglich zum Ausdruck gebracht hat."

Von der Rechtsprechung und Literatur wird die Zuläss:gkeit dieser Eigenhändlerklausel betreffs amtlich nicht notierter Werte allgemein anerkannt[3]). Ob diese Klausel aber mit Treu und Glauben vereinbar ist, muß zum mindesten zweifelhaft erscheinen. Zwar besteht kein Verbot des Eigenhandels in Effekten, und ob ein Effektengeschäft als Kommissionsgeschäft oder Eigengeschäft abgeschlossen werden soll, unterliegt der freien Vereinbarung der Parteien. Wenn Bank und Kunde den Willen haben, einen Kaufvertrag zu schließen und nicht einen Kommissionsauftrag, so steht der Gültigkeit des Vertrages selbstverständlich nichts im Wege.

So liegen die Dinge aber nur in wenigen Fällen. Die Bestimmung, daß die Bank beim Handel in amtlich nicht notierten Werten nur als Eigenhändler tätig werde, ist von den Banken gänzlich einseitig festgelegt. Die Bank allein will den Kauf oder Verkauf anstelle der Kommission, denn sie allein ist daran wirtschaftlich und rechtlich interessiert; der Kunde aber will regelmäßig mit der Bank ein Kommissionsgeschäft abschließen. Auch wenn er den Bankier beauftragt, ein Papier für ihn zu kaufen oder zu verkaufen, das keinen amtlichen Kurs hat, sieht er regelmäßig in dem Bankier seinen Vertrauensmann, er befindet sich in dem Glauben, der Bankier werde für ihn möglichst günstig verkaufen oder kaufen und nicht seine eigenen Interessen in diesem Geschäft vertreten. Das Effektengeschäft ist grundsätzlich Kommis-

---

1) Schmidt-Rimpler bei Ehrenberg, S. 513, Anm. 17.

2) Abgedr. im Bankarchiv XII, S. 99 ff.

3) Staub, Anm. 9 zu § 383; Schmidt-Rimpler, S. 513; Nußbaum, Z. f. H. u. Bkws. 1910, S. 161.

sionsgeschäft, dieser Grundsatz muß sich aus berechtigten Gründen auch auf den Handel in amtlich nicht notierten Werten erstrecken; denn gerade hier ist die Gefahr der Übervorteilung für den Kommittenten besonders groß, da ihm jede Möglichkeit der Kontrolle fehlt. Wenn bei diesen Geschäften durch höheres Risiko oder sonstige Gründe die übliche Provision einen zu geringen Gewinn für den Bankier darstellt, so mag sie dies zu einer angemessenen Erhöhung der Provision in solchen Fällen berechtigen, keinesfalls aber ist ihm das Recht gegeben, einseitig einen auf den Abschluß eines Kommissionsgeschäftes hinzielenden Verkaufs- oder Kaufauftrag dahingehend umzudeuten, daß ein Eigengeschäft gewollt sei, um damit in die Lage zu kommen, den Kaufpreis für das Papier einseitig zu bestimmen.

Mußte schon die generelle Festsetzung des Selbsteintrittsrechts für diese Art der Kommissionsgeschäfte als eine mißbräuchliche Ausnutzung der Monopolstellung abgelehnt werden, so gilt dies aus den gleichen Gründen für eine solche Eigenhändlerklausel. Schmidt-Rimpler und auch Staub[1]) wollen es darauf abstellen, ob ein im Effektenverkehr erfahrener Kunde der Bank gegenüber steht, in diesem Fall soll die Annahme eines Eigengeschäftes gerechtfertigt sein, handelt es sich dagegen um den Auftrag eines kleinen Mannes, so soll angenommen werden, daß dessen Wille auf den Abschluß eines Kommissionsvertrages gerichtet war und daß demzufolge die Annahme eines Eigengeschäftes ausgeschlossen sei. Daß eine solche Unterscheidung praktisch unmöglich ist, braucht wohl kaum gesagt zu werden.

Von der Eigenhändlerklausel hat vielmehr das zu gelten, was Staub[2]) bezüglich der allgemeinen Eigenhändlerklausel sagt: „Die Eigenhändlerklausel in den Bankbedingungen hat nur die Bedeutung eines Antrags."

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die im Effektenhandel durch die AGB. der Banken geschaffene Rechtslage keineswegs befriedigt. Die AGB. der Banken enthalten bezüglich des Selbsteintrittsrechts und der Eigenhändlerklausel Bestimmungen, die mit dem Willen einer der Allgemeinheit dienenden Rechtsordnung nicht vereinbar sind. Sie üben einen unzulässigen Druck auf die Kunden der Bank aus und verschaffen den Banken Rechte, die ihnen nicht zustehen. Eine solche mißbräuchliche Ausnutzung einer Monopolstellung verstößt aber gegen die guten Sitten und ist nichtig nach § 138 BGB.

Ermöglicht wurde den Banken die Aufstellung solch einseitiger Bedingungen durch eine lückenhafte und unzureichende Gesetzgebung auf dem Gebiet des Effektenhandels. Eine straffere gesetzliche Regelung dieser Fragen erscheint darum dringend geboten.

---

[1]) Schmidt-Rimpler, S. 513; Staub, Anm. 9 zu 383.
[2]) Staub, Anm. 9 und 9a zu § 383.

Lebenslauf.

Ich wurde am 1. März 1911 als Sohn des Ingenieurs Fritz Möller und seiner Ehefrau Ottilie geb. Engels in Düsseldorf geboren.

Nach Absolvierung des humanistischen Gymnasiums studierte ich Rechtswissenschaft in Heidelberg, Hamburg, Köln, Marburg. Am 23. Juni 1934 bestand ich vor dem Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung.

Am 24. April 1935 bestand ich die mündliche Doktorprüfung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Marburg.